



El nuevo régimen de seguridad social en México, su justificación, naturaleza y problemas de constitucionalidad que trae consigo

Jaime Allier Campuzano

Magistrado del Primer Tribunal Colegiado
en Materia de Trabajo del Sexto Circuito

SUMARIO: Introducción; I. Factores que determinaron el desequilibrio financiero del Instituto Mexicano del Seguro Social; 1.1. Factores económicos, demográficos y biomédicos; II. Análisis del nuevo sistema de Seguridad Social consagrado tanto en la Ley del Seguro Social como en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; 2.1. Las AFORE y las pensiones; 2.2. Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro; III. Problemas de constitucionalidad generados con motivo de la entrada en vigor del nuevo régimen de Seguridad Social a partir del 1º de julio de 1997; 3.1. Breve explicación.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas de seguridad social en todo el mundo se encuentran en un proceso de evolución producto de la crisis en que entró el denominado Estado de Bienestar, es decir, la seguridad social en manos del Estado.

En el caso particular de México, existieron factores económicos, demográficos y biomédicos, cuyo estudio se hará en el presente ensayo, que determinaron la insolvencia del esquema de seguridad so-

cial diseñado en la anterior Ley de la materia, basado en el caduco sistema de reparto.

Asimismo, en el presente trabajo de investigación, se hará un análisis general del nuevo régimen de seguridad social vigente a partir del 1º de julio de 1997, en donde se establece un modelo previsional de capitalización individual, de manejo especulativo de todo el sistema pensionario federal del país, a través de las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE) y las Sociedades de Inversión Especializadas de Fondo para el Retiro (SIEFORE), mismas que son controladas por un organismo oficial denominado Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR).

Finalmente, se hará un estudio de constitucionalidad de dos situaciones generadas con motivo de la implantación del novedoso régimen de seguridad social: a) el derecho adquirido para ser pensionados antes del 1º de julio de 1997 por parte de aquellos trabajadores que satisficieron los requisitos exigidos por la anterior Ley del Seguro Social; y b) la facultad conferida a la CONSAR en el artículo 7º transitorio de la Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro, consistente en la selección subsidiaria de una AFORE, una vez transcurrido cuatro años de depósito de los ahorros de los trabajadores en la cuenta concentradora del Banco de México, sin que estos últimos eligiesen alguna de dichas administradoras.

Independientemente, de que el lector comparta o no las ideas aquí expuestas, démosle la oportunidad al nuevo régimen de seguridad social de que opere y nos demuestre que sí funciona. Sólo el tiempo resolverá esta incógnita.

I. FACTORES QUE DETERMINARON EL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL

1.1. Factores económicos, demográficos y biomédicos

Toda investigación científica, por sencilla o prolija que sea, debe partir del planteamiento del problema, el cual se va a manifestar mediante la formulación de ciertas interrogantes.

Así pues, la finalidad del presente capítulo es la de dar respuesta a los siguientes cuestionamientos: 1. ¿Por qué la expedición de una

nueva ley del Seguro Social?; 2. ¿Por qué no se siguió con la misma ley?, y 3. ¿Por qué no simplemente se hicieron algunas adecuaciones sobre los puntos que quizá requerían una modificación y dejar el resto del sistema en los mismos términos?

La contestación de las preguntas antes formuladas requiere hacer una revisión global (económica, demográfica y biomédica) del desenvolvimiento histórico del Instituto Mexicano del Seguro Social, pues sólo así es posible conocer con certeza si el ordenamiento legal se ajusta o no a la nueva realidad social imperante en el país y sus repercusiones que, en materia de seguridad social, exige la clase trabajadora.

Bajo ese contexto y siguiendo las brillantes ideas del licenciado en derecho Porfirio Márquet Guerrero,¹ encontramos tres grandes rubros:

PRIMERO. FACTOR ECONÓMICO. Al expedirse la primera Ley del Seguro Social en 1943, se tomaron en cuenta una serie de consideraciones de índole económico precisamente para que lo legislado tuviera un soporte financiero y pudiera ser viable, de tal forma que, al establecerse en ese año un esquema de aseguramiento de la protección de los riesgos de trabajo y la creación tanto de prestaciones económicas como en especie, fue necesario un sustento económico. Además, fue necesario establecer un concepto de equilibrio entre el costo de las prestaciones que se tienen que otorgar y el monto de las contribuciones o de la cuotas que se tiene que recabar para que así fuera posible hacer viable el esquema de seguridad social.

En 1973, se expidió una segunda Ley del Seguro Social que, en términos generales, mantiene los mismos conceptos desde el punto de vista económico, de los cálculos actuariales y de las prestaciones que se otorgan a los trabajadores, sólo se amplía su cobertura a otros sujetos distintos como lo son: cooperativistas, trabajadores independientes, profesionistas, artesanos, patrones personas físicas y los sujetos de derecho agrario como pequeños propietarios, comuneros, ejidatarios y colonos. El anterior crecimiento aunado a las nefastas fluctuaciones de la economía, trajo como consecuencia que el siste-

¹ Conferencia rendida el 17 de septiembre de 1996 en la antigua Escuela de Jurisprudencia, con sede en la Ciudad de México, Distrito Federal.

ma vigente se volviera inviable monetariamente y, por ende, que la seguridad social se convirtiera en una estructura insolvente.

Una de las soluciones simplistas que se planteó a este problema fue el incremento de las cuotas; sin embargo, dicho acrecentamiento significaba gradualmente una mayor carga para las empresas, lo cual constituye una especie de “boomerang” que da la vuelta y termina por afectar a la clase obrera. Ello es así, porque en la medida en que las empresas productivas tienen que pagar un mayor costo por la seguridad social, de alguna manera esto desestimula o inhibe la creación de nuevas fuentes de trabajo y de algún modo también propicia la evasión total o parcial, de las contribuciones de seguridad social. Así pues, no podía permitirse que, so pretexto de la globalización y la apertura económica, se incrementaran las cuotas de seguridad social.

Lo anterior, permite obtener dos conclusiones: a) Un círculo virtuoso: la seguridad social se debe al empleo, de tal forma que si no hay empleo, no hay aportaciones y si no hay aportaciones, no hay recursos para dar servicios a los propios trabajadores; b) Un círculo vicioso: a mayor costo de la seguridad social, menores empleos, a menores empleos, menores cuotas, a menos cuotas, mayores deficiencias en los servicios, menor productividad, mayor índice de siniestrabilidad.

SEGUNDO. FACTOR DEMOGRÁFICO. A principios del siglo XX y en los años cuarentas (década de creación del Instituto Mexicano del Seguro Social y de la ley que lo rige), la expectativa de vida de la clase trabajadora era probablemente de 50 a 60 años, lo cual posibilitaba establecer esquemas en los que las hipótesis de retiro, más o menos, coincidían con la expectativa de vida; de tal forma que la prestación de los servicios en especie, así como los médicos, solamente se proporcionaban durante un cierto tiempo de vida laboral de los trabajadores, y en los casos de retiro, los pensionados recibían este tipo de servicios durante un poco de tiempo más allá de la edad exigida por la ley para ser beneficiario de un retiro, es decir, entre los 60 y 65 años; no obstante ello y en la medida en que apareció el éxito y el desarrollo de la medicina así como su aplicación masiva a la clase obrera, la expectativa de vida de los trabajadores se fue incrementando, de tal manera que en la última década del siglo XX era común que éstos llegasen a los 70 años de edad e incluso más, lo que trajo

como consecuencia que la prestación de los servicios de salud ya no fueran solamente de unos cuantos meses para los pensionistas y jubilados, sino de varios años, por lo que se prolonga la necesidad de prestar este tipo de servicios y, por tanto, los costos.

Otra modificación de índole demográfica que influyó en la inviabilidad de anterior régimen de seguridad social, fue la creciente incorporación de la mujer a las actividades productivas. Ello es así porque las mujeres normalmente se incorporaban a la seguridad social de manera indirecta, como beneficiarias del marido, lo cual las hizo acreedoras a una serie de prestaciones en especie de atención médica y a las pensiones de viudez, mismas que representan relativamente un costo menor a la que actualmente tiene como beneficiaria directa, esto es, como trabajadora, pues con tal carácter tiene ya derecho a todas las prestaciones tanto en especie como económicas.

TERCERO. FACTOR BIOMÉDICO. Durante muchos años la atención médica se canalizó a combatir las enfermedades infecciosas, mismas que han logrado reducirse gracias al avance de la medicina preventiva, concretamente a la aplicación de vacunas; sin embargo, la aparición y crecimiento de las enfermedades crónicas degenerativas ha originado que su atención tenga un costo todavía elevado.

Es así como todos los trabajadores pensionados que rebasan los 60 años, son sujetos de enfermedades crónico-degenerativas, que como su propia denominación lo indica son progresivas, es decir, van avanzando inexorablemente; de ahí que el medicamento lo único que hace es darle al paciente, una mejor calidad de vida, menos sufrimiento, menos dolor, mayor actividad, pero no evita que la enfermedad siga avanzando. Todo ello representa un costo, ya que si gracias a dichos medicamentos el paciente sigue viviendo más de 80 años, probablemente estemos hablando de tratamientos que requieren 10 a 15 años de atención médica y participación de especialistas, lo cual también incide en el aspecto económico.

De lo hasta aquí expuesto, se puede corregir que el esquema de Seguridad Social diseñado en la ley anterior ya no resultaba viable por entrar en insolvencia. Esto es así, porque tal esquema vino funcionando durante muchos años en virtud de un llamado sistema de reparto, mediante el cual los nuevos trabajadores con sus cuotas frescas iban financiando a los viejos trabajadores que se van retirando;

empero dicho esquema, por los panoramas antes descritos (económico, demográfico y biomédico) ya no pudo seguir funcionando; de ahí que en el nuevo régimen de seguridad social, se hayan diseñado esquemas distintos que traten de hacer autofinanciables los ramos de aseguramiento.

II. ANÁLISIS DEL NUEVO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CONSAGRADO TANTO EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL COMO EN LA LEY DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO

2.1. *Las AFORE y las pensiones*

Debemos destacar que como consecuencia de una iniciativa presidencial de la Ley del Seguro Social, el nuevo seguro de retiro, cesantía y vejez inició su vida jurídica hasta julio de 1997.

Acertadamente, Ruiz Moreno,² nos comenta que el nuevo sistema tiene dos objetivos principales, pero prevaleciendo uno sobre el otro: “primero, que los trabajadores obtengan una mejor pensión llegado el momento de su retiro de la vida productiva, pues carecería de objeto implementar tan sofisticado sistema si las pensiones siguieran siendo raquíticas; y segundo, que en base al ahorro obligado que hagan los asegurados habrá de alcanzarse la meta de incrementar el ahorro interno del país”.

Ahora bien, conforme a la nueva Ley del Seguro Social, aunque el IMSS emitirá las cédulas de liquidación para el pago de las cuotas por concepto del seguro del retiro (2% sobre el salario base de cotización) cesantía y vejez (cuota patronal 3.150% y cuota obrera de 1.125%, ambas sobre el salario base de cotización); sin embargo, dicho Instituto no administrará los fondos producto de tales pagos, sino que serán transferidos a Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES).

Surge entonces la interrogante ¿qué son las AFORE?

² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Las Afore. El Nuevo Sistema de Ahorro y Pensiones*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 43.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley del Sistema de Ahorro para el Retiro, las AFORE son: “Entidades Financieras que se dedican de manera exclusiva, habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que los integran en términos de las leyes de seguridad social, así como a administrar sociedades de inversión”.

Las AFORE, para su funcionamiento requerirán de previa autorización de la Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro (CONSAR); ya constituidas y hecha la selección por parte del trabajador de una de ellas, dicha administradora recibirá los recursos del obrero, los cuales serán individualizados y administrados por la misma, es decir, la AFORE abrirá una cuenta individual para cada trabajador y en ella depositará tanto las cuotas obrero-patronales como la aportación estatal entregadas a su favor; los rendimientos que generan los fondos también incrementarán dicha cuenta.

Amezcuca Ornelas,³ nos explica que: la nueva Ley del Seguro Social no garantiza en favor de los fondos del trabajador rendimiento alguno, por lo que éste podrá ser mayor o menor, e inclusive existir o no existir. En todo caso, la inversión que haga posible tales rendimientos no lo hará directamente la Afore, sino por conducto de sociedades de inversión especializadas en invertir los fondos de retiro, cesantía y vejez (SIEFORES).

Cuando el trabajador o sus familiares cubran los requisitos para el otorgamiento de una pensión, la Afore a su nombre contratará con una empresa aseguradora los servicios de renta vitalicia (pensión por vida para el asegurado) y seguro de solvencia (pensión para familiares del asegurado).

En otras palabras, las Afore son instituciones integrantes del sistema financiero que, a cambio de una comisión o pago intervendrán en el manejo del ahorro de los trabajadores, contribuyendo a satisfacer las necesidades del financiamiento del gobierno y de las empresas. Así pues, estas entidades financieras se crearon ex profeso y exclusivamente para administrar los fondos de retiro, cesantía y ve-

³ Amezcuca Ornelas, Norahard, *Las Afores paso al paso*, Primera reimpression, México, Sicco, 1997, p. 3.

vez, los que no quedarán estáticos en sus arcas sino que serán movidos hasta operaciones de inversión, precisamente por conducto de sociedades de inversión especializadas (SIEFORES) también dedicadas de manera única a operar con recursos del Sistema de Ahorro para el Retiro. Llegado el momento en que un trabajador o sus beneficiarios llenen los requisitos para una pensión o para hacer retiro parcial de sus fondos por desempleo, o simplemente para retirar la totalidad de sus fondos, la Afore entregará los dineros del trabajador o bien contratará los seguros procedentes ante la institución seleccionada por el trabajador.

Por tanto, las Afore actuarán como sociedad operadora de las Siefore, éstas no serán otra cosa que sociedades de inversión con sus propias características, derivadas de una diferencia esencial con las otras sociedades de inversión: no invertirán ahorros voluntarios sino forzados de la masa de trabajadores, quienes por lo tanto no podrán retirar sus fondos en cualquier momento, sino sólo podrá realizar retiros en los tiempos y condiciones legales.

2.2. Sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro

Una de las novedades más importantes del nuevo sistema de pensiones es la creación de las empresas llamadas Sociedades de Inversión Especializadas de Fondos para el Retiro (SIEFORES) en las que se invierte el dinero del ahorro para el retiro acumulado en las cuentas individuales.

Para entender lo anterior, debemos preguntarnos ¿qué es una sociedad? Es la unión de varias personas para lograr un objetivo común. A las personas que se reúnen en ella se les llama socios.

Existen diferentes tipos de sociedades, destacando aquéllas que tienen como objetivo común el de obtener ganancias o rendimientos. Las partes del negocio que corresponden a los socios comúnmente se llaman acciones. Al dueño de acciones de una sociedad se le llama accionista.

Ahora bien, ¿qué es una sociedad de inversión? Es una empresa que se crea con el único fin de invertir dinero en el mercado financiero para obtener rendimientos.

Las personas que desean participar en una sociedad de inversión, compran acciones de esa Sociedad, y así se convierten en accionistas de la misma.

El mercado financiero no es sitio específico, sino el conjunto de inversionistas, empresas e instituciones financieras, que compran y venden instrumentos financieros para obtener rendimientos o recursos para la inversión productiva.

Pero en realidad ¿qué son las SIEFORES?, son empresas cuyo objetivo único es invertir el dinero del ahorro para el retiro que los trabajadores acumulan a sus cuentas individuales para obtener rendimientos e incrementar su valor.

Las SIEFORES no requieren de personal ni de oficinas propias, ya que la AFOSRE que las administra les da todos los servicios necesarios para su operación.

III. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD GENERADOS CON MOTIVO DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL NUEVO RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL A PARTIR DEL 1º DE JULIO DE 1997

3.1. Breve explicación

Debemos partir de la base de que el artículo séptimo transitorio de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro establece:

Los recursos correspondientes a la subcuenta del seguro de retiro prevista en la Ley del Seguro Social vigente hasta el 31 de diciembre de 1996, así como la correspondiente a la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez prevista en la Ley del Seguro Social que entrará en vigor el día primero de enero de 1997,⁴ de los trabajadores que no hayan elegido administradora, abonarán en la cuenta concentradora a nombre del Instituto Mexicano del Seguro Social, prevista en la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, durante un plazo máximo de

⁴ El Decreto que difundió la entrada en vigor de la nueva Ley del Seguro Social del 1º de enero de 1997 al 1º de julio de ese mismo año apareció en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de octubre de 1996.

cuatro años contados a partir del día primero de enero de 1997.⁵ Transcurrido el plazo a que se refiere este párrafo, la Comisión, considerando la eficacia de las distintas administradoras, así como sus estados financieros, buscando el balance y equilibrio del sistema, dentro de los límites a la concentración del mercado establecidos por la ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, señalará el destino de los recursos correspondientes a los trabajadores que no hayan elegido administradora.

Los recursos de los trabajadores que no hayan elegido administradora dentro del plazo a que se refiere el párrafo anterior, deberán ser colocados en sociedades de inversión cuya cartera se integre fundamentalmente de valores a que se refiere el artículo 43, fracción II, inciso e), de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, así como aquellos otros que a juicio de la Junta de Gobierno permitan alcanzar el objetivo de preservar el valor adquisitivo de ahorro de los trabajadores.

La cuenta concentradora será una cuenta abierta a nombre del Instituto Mexicano del Seguro Social que llevará el Banco de México, en la cual se depositarán las cuotas obrero patronales y las aportaciones del Gobierno Federal del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, correspondientes a los trabajadores que no hayan elegido administradora.

Los recursos depositados en la cuenta concentradora se invertirán en valores o créditos a cargo del Gobierno Federal, y otorgarán un rendimiento que determinará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, misma que establecerá las demás características de esta cuenta.

Durante el año de 1997, la cuenta concentradora causará intereses a una tasa del 2% anual, pagaderos mensualmente mediante su reinversión en las cuentas individuales. El cálculo de estos intereses se hará sobre el saldo promedio diario mensual de las cuentas individuales, ajustado a una cantidad igual a la resultante de aplicar a dicho saldo, la variación porcentual del índice nacional de precios al consumidor publicado en el Banco de México, correspondiente al mes inmediato anterior al ajuste.

⁵ Dicho plazo, con motivo del Decreto señalado en la nota de pie de página anterior, comenzó a computarse a partir del 1º de julio de 1997.

El trabajador podrá solicitar información sobre sus recursos de conformidad con el Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

Una vez leído con detenimiento el artículo transcrito, surge el planteamiento de dos problemas, cuyas soluciones implican un riguroso análisis constitucional. Tales problemas se expresan en las siguientes interrogantes:

I. ¿Las personas que adquirieron el derecho a pensionarse antes del 1º de julio de 1997, podrán obtener la pensión correspondiente conforme a los lineamientos establecidos en la anterior Ley del Seguro Social?

II. Si el trabajador, una vez transcurridos los 4 años a que alude el artículo séptimo transitorio de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, desea mantener indefinidamente sus recursos en la cuenta concentradora del Banco de México ¿podrá hacerlo?

Respecto del primer problema planteado, conviene recordar que el párrafo inicial del artículo 14 de la Constitución Federal establece: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Dicho precepto constitucional prohíbe aplicar la ley al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individualmente adquiridos.

Asimismo, el artículo tercero transitorio de la nueva Ley del Seguro Social prevé: “Los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, así como sus beneficiarios, al momento de cumplirse, en términos de la Ley que se deroga, los supuestos legales o el siniestro respectivo para el disfrute de cualquiera de las pensiones, podrán optar por acogerse al beneficio de dicha Ley o al esquema de pensiones establecido en el presente ordenamiento”.

Atento a lo anterior, debe indicarse que si un trabajador antes del 1º de julio de 1997, satisfizo todos los requisitos exigidos para la obtención del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez; ello implica que adquirió el derecho al disfrute de las pensiones correspondientes conforme a los lineamientos establecidos en la anterior

Ley del Seguro Social. Por tanto, el otorgamiento de alguna de las pensiones aludidas en términos de lo previsto en la nueva Ley, sin la voluntad de dicho trabajador, resultaría incuestionablemente violatoria de la garantía de irretroactividad en la aplicación de la ley, consagrada en el primer párrafo del artículo 14 de nuestra Carta Magna. Al respecto, el Pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el criterio que aparece publicada en la última Tesis relacionada a la Jurisprudencia número 247 y que aparece publicada en las páginas 422 y 423 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, bajo el texto literal siguiente:

RETROACTIVIDAD. TEORIAS SOBRE LA.- Sobre la materia de irretroactividad, existen diversidad de teorías, siendo las más frecuentes, la de los derechos adquiridos y de las expectativas de derecho y la de las situaciones generales de derecho y situaciones concretas o situaciones abstractas y situaciones concretas, siendo la primera, el mandamiento de la ley, sin aplicación concreta de la misma. El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; éstos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del Apéndice al Tomo L del Semanario Judicial de la Federación, al establecer: “Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y ésta última circunstancia es esencial”. “La Ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos”. “Al celebrarse un contrato, se crea una situación jurídica concreta, que no puede destruirse por la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio de retroactividad. Si una obligación ha nacido bajo el imperio de la ley antigua, subsistirá con los caracteres y las consecuencia que la misma ley le atribuye”.

Por lo que respecta al segundo de los problemas planteados, cabe señalar que el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimientos y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Dicho precepto constitucional prohíbe la privación de los bienes antes citados, salvo que la autoridad previamente dé al gobernado la oportunidad de ser oído y vencido, esto es, el derecho de alegar y probar a su favor.

A mayor abundamiento, conviene precisar que los actos de privación son aquellos que producen como efecto, la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado. Para una mayor ilustración de la naturaleza de este tipo de actos, resulta menester consultar la Jurisprudencia número P./J.40/1996 sustentada por el Pleno de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación que aparece publicada en la página 5 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IV, julio de 1996, bajo el texto siguiente:

ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN. El artículo 14 constitucional establece, en su segundo párrafo, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en tanto, el artículo 16 de ese mismo Ordenamiento Supremo determina, en su primer párrafo, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por consiguiente, la Constitución Federal distingue y regula de manera diferente los actos privativos respecto de los actos de molestia, pues a los primeros, que son aquellos que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho

del gobernado, los autoriza solamente a través del cumplimiento de determinados requisitos precisados en el artículo 14, como son, la existencia de un juicio seguido ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado. En cambio, a los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues sólo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, según lo dispuesto por el artículo 16, siempre y cuando preceda mandamiento escrito girado por una autoridad con competencia legal para ello, en donde ésta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para dilucidar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto de autoridad impugnado como privativo, es necesario precisar si verdaderamente lo es y, por ende, requiere del cumplimiento de las formalidades establecidas por el primero de aquellos numerales, o si es un acto de molestia y por ello es suficiente el cumplimiento de los requisitos que el segundo de ellos exige. Para efectuar esa distinción debe advertirse la finalidad que con el acto se persigue, esto es, si la privación de un bien material o inmaterial es la finalidad connatural perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiende sólo a una restricción provisional.

Así pues, debe indicarse que la facultad conferida a la CONSAR, en el artículo séptimo transitorio de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, consistente en la selección subsidiaria de una AFORE, transcurridos cuatro años de estar depositados los ahorros del trabajador en la cuenta concertadora del Banco de México, sin que dicho operario eligiese alguna de tales Administradoras, no se traduce en una violación a la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, en atención a las siguientes razones:

La facultad de selección subsidiaria conferida a la CONSAR no se traduce en un acto de privación, pues su ejercicio no implica la pérdida definitiva de la propiedad de los ahorros del trabajador, depositados en la cuenta concentradora del Banco de México, sino tan sólo su transferencia a una cuenta individual a nombre de aquél con la AFORE seleccionada por dicha Comisión a partir del 1º de julio de 2001.

A mayor abundamiento, resulta pertinente aclarar que no debe perderse de vista que, en este novedoso sistema previsional de capitalización individual, se corren riesgos; sin embargo el Estado a través del organismo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y denominado Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro (CONSAR), coordinará, supervisará, organizará, operará y vigilará tal sistema a fin de evitar que se pulvericen los ahorros de millones de trabajadores depositados en las AFORE. Es por ello que le asiste la razón al Consejero de la Judicatura Federal Don Sergio Valls Hernández cuando afirma “El Estado, por ello, debe ser y seguirá siendo el garante de la seguridad social”.⁶

Además, cabe recordar que el ejercicio de la facultad subsidiaria por parte de la CONSAR, se traduce en un beneficio para los trabajadores, pues la finalidad del traslado de los ahorros de estos últimos a una AFORE es lograr un mayor rendimiento en los mismos, bajo la postura garante del Estado, ya que el interés generado en la cuenta concentradora del Banco de México resulta muy bajo.

Finalmente, debe comentarse que el trabajador carece de un derecho subjetivo que le permita exigir la continuación del depósito de sus ahorros en la cuenta concentradora del Banco de México a partir del 1º de julio del 2001, pues no existe una norma jurídica de la que se desprenda tal facultad, por lo que tampoco puede hablarse de privación ese derecho, precisamente por no existir.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Existen factores económicos, demográficos y biomédicos que determinaron la insolvencia del esquema de seguridad social diseñado en la anterior Ley de la materia, el cual se apoyó en el sistema de reparto, mediante el cual los nuevos trabajadores con sus cuotas frescas iban financiando a los viejos trabajadores que se retiraban.

SEGUNDA. Como una respuesta al desequilibrio financiero del anterior régimen de seguridad social, a partir del 1º de julio de 1997,

⁶ Valls Hernández, Sergio, *Seguridad Social y Derecho*, México, Tax Editores, 1999, p. 23.

entró en vigor el nuevo Sistema de Pensiones, basado en el Seguro de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez.

De acuerdo con la nueva ley, cada asegurado es propietario de una cuenta individual de ahorro para el retiro. En dicha cuenta se acumulan, durante su vida laboral, las cuotas y aportaciones del propio asegurado, de su patrón y del gobierno.

TERCERA. Existen empresas financieras especializadas llamadas Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORE). Cada asegurado se registra libremente en la Afore que elija. Las Afores administran el dinero acumulado en la cuentas individuales a través de las sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro (SIEFORE), que lo inviertan para que obtengan rendimientos. El trabajador podrá elegir la(s) SIEFORE(s) en que se invierta su dinero.

CUARTA. El nuevo Sistema de Pensiones ofrece al asegurado varias prestaciones. Para obtener su pensión podrá elegir entre dos opciones: Retiros Programados o Renta Vitalicia. Los beneficiarios del asegurado están protegidos cuando él fallezca a través del ahorro acumulado en su cuenta individual y en un Seguro de vida.

El sistema de ahorro para el Retiro está supervisado por un organismo llamado Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR) en el que están representados el gobierno, patrones y trabajadores.

QUINTA. La entrada en vigor del nuevo Régimen de Seguridad Social, trae consigo el surgimiento de dos problemas de constitucionalidad, cuyo análisis permite establecer lo siguiente:

I. Si un trabajador, antes del 1º de julio de 1997, satisfizo todos los requisitos exigidos para la obtención del seguro de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, ello implica que adquirió el derecho al disfrute de las pensiones correspondientes, conforme a los lineamientos establecidos en la anterior Ley del Seguro Social. Por tanto, el otorgamiento de alguna de las pensiones aludidas en términos de lo previsto en la nueva Ley, sin la voluntad de dicho trabajador, resultaría incuestionablemente violatoria de la garantía de irretroactividad en la aplicación de la ley, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal.

II. La facultad conferida a la CONSAR, en el artículo séptimo transitorio de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, consisten-

te en la selección subsidiaria de una AFORE, transcurridos cuatro años de estar depositados los ahorros del trabajador en la cuenta concentradora del Banco de México, sin que dicho operario eligiese alguna de tales Administradoras, no se traduce en una violación a la garantía de audiencia prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de nuestra Carta Magna, toda vez que no se priva a los trabajadores del derecho de propiedad de sus ahorros depositados, ni mucho menos puede hablarse de la privación de un derecho subjetivo consistente en la permanencia del depósito del dinero de aquellos en la cuenta concentradora del Banco de México partir del 1º de julio del 2001, pues no existe norma de derecho positivo de la que se derive tal facultad.

BIBLIOGRAFÍA

- Amezcuca Ornales, Noraharid, *Las Afores paso a paso*, 1ª reimpresión, México, Sicco, 1997.
- Márquet Guerrero, Porfirio, Conferencia rendida el 17 de septiembre de 1996, en la antigua Escuela de Jurisprudencia, con sede en México, Distrito Federal.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Las Afore. El Nuevo Sistema de Ahorro y Pensiones*, 2ª ed., México, Porrúa, 1998.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo IV, julio de 1996.
- Valls Hernández, Sergio, *Seguridad Social y Derecho*, México, Tax Editores, 1999.

Disposiciones Jurídicas Relacionadas

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
2. *Ley del Seguro Social.*
3. *Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.*